Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
Civiliſtiſche Praxis.

Einunddreißigſter Band. Zweites Heft.

VI.

Beiträge zur Lehre von der Erſitzung der Servituten und dem Beweiſe derſelben.

Von

Herrn F. B. Buſch,
Präſidenten des Landesjuſtizkollegiums in Arnſtadt [1]).

§. 1.

Es liegt nicht in meiner Abſicht, auf alle Kontroverſen, an welchen dieſe Lehre bekanntlich ſo reich iſt, umſtändlich

[1]) Zur Erläuterung der oft kurz angeführten Citate diene folgende Nachweiſung der Schriften und der Stellen, welche angeführt worden ſind: Glück, im Pandektenkommentare Buch VII. tit. 1. §. 629. S. 195 ff. Kori, Theorie der Verjährung nach gemeinem und ſächſiſchem Rechte. Leipzig, 1811., insbeſ. §. 31 ff. S. 38. Unterholzner, ausführliche Entwickelung der geſammten Verjährungslehre. Leipzig, 1828., Thl. II. §. 207—216. Kori, in ſeinen und Langenn's Erörterungen praktiſcher Rechtsfragen. Bd. I. S. 14. v. Löhr, im Magaz. für Rechtswiſſenſchaft. Bd. III. Hft. 1. Nr. 3. Zimmern, in ſeinen und Neuſtetel's römiſch-rechtlichen Unterſuchungen für Wiſſenſchaft und Ausübung. Heidelberg, 1821., Nr. 5. Seuffert's Erörterungen. Bd. II. S. 59. v. Seckendorf, Bemerkungen zu der Lehre der erwerbenden Verjährung der Grunddienſtbarkeiten, insbeſondere über den hierzu erforderlichen Beweis, unter Vergleichung des römiſchen, preußiſchen und baieriſchen Rechts; im Archiv für civiliſtiſche Praxis. Bd. IV. S. 83., nebſt Noten von Gensler. Haſſe, über den Beweis der Servitutenerſitzung;

einzugehen, oder auch nur ſie alle zu erwähnen, ſondern mein Beſtreben iſt hauptſächlich darauf gerichtet, zu zeigen, daß man es mit dem Beweiſe der Erſitzung der Servituten in foro viel zu wenig genau nimmt, und daß man denſelben, gewiß gegen den Geiſt des römiſchen Rechts, ja oft gegen beſtimmte Ausſprüche deſſelben — zumal der ſo ſtarken Präſumtion der Freiheit des Eigenthums gegenüber — zur Ungebühr dergeſtalt erleichtert, daß er ſich auf den Nachweis von einigen nackten Handlungen, denen man ohne viele Umſtände die Eigenſchaft von Beſitzhandlungen beilegt, reducirt. Dennoch würde es um Gefährdung der Freiheit des Eigenthums nicht ſo ſchlimm ſtehen, wenn man ſich beim Urtheilsfällen ſtrenger an die Ausſprüche der Quellen hielt, als es leider geſchieht. Hauptſächlich iſt es die Erſitzung der servitut. praed. rusticorum (der ſogenannten jura discontinua), wo jene Uebelſtände recht grell hervortreten. Wenn Jemand in dem geſetzlichen Zeitraume drei bis vier Mal, nur nicht gerade heimlich, immerhin aber zu einer Zeit, wo es der Herr des dienenden Grundſtücks nicht gerade bemerkt, oder unter Umſtänden, wo ein ſachkundiger Landwirth nicht an die

---

im Rheiniſchen Muſeum. Bd. II. S. 394. Beſſel, über die Lehre von der Erwerbung der Servituten durch Verjährung, nach römiſchem und gem. deutſchem Rechte; im Archiv für civil. Praxis. Bd. XIII. S. 380. Hoffmann, in Führ's und ſeinen civiliſt. Verſuchen. Hft. I. Darmſtadt, 1835., S. 1 ff. Göſchen, Vorleſungen über das gemeine Civilrecht. Bd. II. erſte Abth. §. 309 u. 310. S. 264 ff. v. Vangerow, Leitfaden für Pandektenvorleſungen. Dritte Aufl. 1845. Bd. I. §. 331. S. 697 ff. Sintenis, das praktiſche gemeine Civilrecht. Bd. I. Leipzig, 1844., §. 64. S. 583 ff. Einert, Reviſion der ſächſiſchen Lehre von den Erforderniſſen der Beweisführung einer erwerbenden Verjährung von ſogen. juribus discontinuis; in der Zeitſchrift für Rechtspflege und Verwaltung, zunächſt für das Königreich Sachſen. Neue Folge. Bd. II. Leipz. 1842. S. 4 ff. Kori, Beitrag zu der Lehre über die erwerbende Verjährung ſolcher Rechte, welche nicht zu fortwährender Ausübung geeignet ſind; in derſelben Zeitſchrift Bd. II. S. 321. Pernitzſch, Ein Beitrag zu der Lehre von der erwerbenden Verjährung ſolcher Rechte, welche eine fortwährende Ausübung nicht zulaſſen; in derſelben Zeitſchrift Bd. V. Leipz. 1846. S. 505 ff.

Ausübung eines Rechtes denken wird, über ein Grundſtück reitet, fährt oder ſeine Heerde treiben läßt, und für Zeugen ſorgt, die dieſe Thatſachen dereinſt bewahrheiten können, der kann ſicher ſein, daß er mit dem Beweiſe der Erſitzung der Servitut durchkömmt, und dem Eigenthümer iſt dann bei der größten Diligenz ein Servitut aufgebürdet, ohne daß er weiß, wie ſolches zugegangen.

Um meine Behauptung zu rechtfertigen, iſt es nothwendig, die Erforderniſſe der Servitutenerſitzung, wie ſie die neuere und neueſte Doktrin aufſtellt, näher ins Auge zu faſſen. Wie jene oft faſt bis auf ein Nichts herabſinken, wird ſich am beſten ergeben, wenn ich damit beginne, was man nach der herrſchenden Anſicht für nicht erforderlich hält. Dahin gehört

1) bona fides. Zwar iſt dieſes durch das kanoniſche Recht geändert; allein da bona fides präſumirt wird und mala fides ſehr ſchwer zu beweiſen iſt, ſo kömmt die Sache ſo ziemlich auf Eins hinaus.

Nicht erforderlich iſt

2) Justus titulus, und ebenſowenig

3) scientia domini praedii servientis (vergl. unten §. 10—12).

§. 2.

4) Zwar iſt zur Erſitzung einer Servitut Quaſibeſitz erforderlich, d. h. der Präſcribirende muß die Handlungen, die er für Beſitzhandlungen ausgibt, als ein Recht vorgenommen haben. Dieſes ſagen nicht nur mehrere Geſetzſtellen auf das beſtimmteſte, ſondern auch die meiſten neueren Rechtsgelehrten ſind hierin vollkommen einverſtanden[2]).

2) Nur Folgende mögen hier ſtehen: Glück's Commentar §. 629. S. 130. I. Curtius, Handb. des ſächſ. Civilrechts. §. 1011. v. Savigny, Lehre vom Beſitze. §. 46. S. 514. Albert, über den Beſitz unkörperlicher Sachen. §. 111. Unterholzner, Verjährung. Bd. II. §. 209. v. Seckendorf a. a. O. S. 87. 92. Luden, über die Servituten. §. 171. Haſſe a. a. O. S. 398. Mühlenbruch. Pan-

Allein, wie leicht man es mit dieſem Erforderniſſe nimmt, hat ſchon v. Seckendorf a. a. O. gezeigt, und ich habe Urtheile aus der neueſten Zeit geſehen, in denen, obgleich gar nicht auf dieſes Erforderniß artikulirt war, der Beweis des Daſeins deſſelben dennoch als erbracht angeſehen wurde, während in Folge jenes weſentlichen Mangels der Beweisführung dieſelbe als irrelevant hätte verworfen werden ſollen.

Recht gern gebe ich zu, daß — wenn der die Erwerbung der Servitut Behauptende nicht über jenen Punkt den Eid deferiren will — der Beweis deſſelben meiſtens ein künſtlicher, auf Schlußfolgerungen beruhender ſein wird und muß; aber die Schlüſſe, durch welche man zu jenem, für den Präſcribirenden günſtigen Reſultate gelangt, ſind oft von der Art, daß ſie durchaus keinen Beifall verdienen.

§. 3.

a) Sehr häufig nimmt man den Quaſibeſitz im Gegenſatze der bloß faktiſchen Vornahme einer Handlung ſchon dann als bewieſen an, wenn eine häufigere Ausübung der in Anſpruch genommenen Servitut bewieſen iſt. Es wird dann angeführt, daß bei einer Handlung die Abſicht, ein Recht auszuüben, etwas Inneres, in der Regel dem Beweiſe ſich Entziehendes ſei, und daß man ſich daher mit Vermuthungen begnügen müſſe. Das Letztere gebe ich nicht nur zu, ſondern ich gehe noch weiter, und behaupte, daß ein künſtlicher, auf Schlußfolgerungen beruhender Beweis oft eine weit ſicherere Unterſuchung geben kann als ein direkter, daß aber auch, ganz abgeſehen hiervon, die Geſetze einen ſolchen künſtlichen Beweis für zuläſſig erklären, wodurch ſich alle Einwendungen erledigen. Allein dabei muß ich beharren, daß die Schwierigkeit einer Beweisführung nie einen Grund abgeben kann, ſie zur Ungebühr zu erleichtern, und Schlußfolgerungen für ſtringent zu erklären, die es nimmermehr ſind. Aus der

---

dekten. §. 289. 1. Göſchen, §. 306. S. 266. Puchta, Pandekten. §. 138 sub 2. Sintenis a. a. O. §. 64. S. 584. sub I.

Mehrheit von Handlungen allein einen Schluß darauf zu ziehen, daß ſie in der Abſicht, ein Recht zu haben oder ein ſolches auszuüben, vorgenommen ſeien, iſt und bleibt ſtets ein Trugſchluß, weil, wenn ſelbſt hundertfältige Handlungen vorlägen, dieſe ebenſogut ohne die Abſicht, ein Recht auszuüben, als in dieſer Abſicht vorgenommen ſein könne. Will man nicht von jeder Handlung, die möglicher Weiſe eine Beſitzhandlung ſein kann, annehmen, daß ſie wirklich eine ſolche ſei; will man alſo nicht von der Möglichkeit auf die Wirklichkeit ſchließen, ſo darf man nimmermehr aus der Mehrheit der Handlungen allein auf jene Eigenſchaft derſelben ſchließen. Das beſtätigen ſogar die Geſetze auf das beſtimmteſte. l. 1. §. 6. D. de itin. quamvis it frequenter fecit, non videri omnino usum. Möchten die Vertheidiger ſolcher Schlüſſe doch nur in der Erntezeit auf das Feld gehen oder da, wo ſchlechte Wege ſind, zur Winterszeit von der Richtung der Düngerfuhren, und wie dieſe bei Froſt über andere Grundſtücke geführt werden, nähere Kenntniß nehmen; ſie würden dann gewiß der Meinung werden, daß hundertfältig und Jahrzehnde hindurch über abgeerntete oder Brache liegende Aecker gefahren wird, bloß weil man näher kömmt und keinen Schaden anrichtet, jedoch weit entfernt von der Abſicht, ſich eine Servitut anzumaßen. Ja, es geſchieht dieſes oft in Gegenwart der Eigenthümer der Grundſtücke, die nicht widerſprechen, weil ſie es in ähnlichen Fällen ebenſo halten, ohne an eine Servitut zu denken.

§. 4.

b) Ebenſo unrichtig würde es ſein, wenn man aus der Wiſſenſchaft des Herrn des dienenden Grundſtücks um die Handlungen des Präſcribirenden darauf ſchließen wollte, daß der Letztere jene in der Abſicht, ein Recht auszuüben, vorgenommen habe. Der Herr des dienenden Grundſtücks ſieht ja Nichts als äußere Handlungen eines Andern, und kann die Abſicht nicht durchſchauen, in welcher Jener dieſelben vornimmt. Wie oft reitet und fährt ein Oekonom über

das Grundſtück des Andern in deſſen Beiſein, ohne im mindeſten die Abſicht zu haben, ſich ein Recht anzumaßen. Welcher Schluß würde es ſein, wenn man ſagen wollte: weil A in Gegenwart des B über deſſen Grundſtück geritten iſt, ſo iſt zu vermuthen, daß er ſich ein Recht angemaßt habe. Wenn ſelbſt dem Beſitzer eines Landgutes durch Behütung Schaden geſtiftet worden iſt, und er dazu ſchweigt, ſo läßt ſich höchſtens darauf ſchließen, daß er in der Meinung ſteht, der Abhütende habe ein Recht; allein aus der Meinung des Beſchädigten läßt ſich nicht folgern, daß der Beſchädiger ſich zu der Handlung berechtigt gehalten habe. Aber ſelbſt der zuerſt gedachte Schluß iſt ein ganz unſicherer; denn der Verletzte kann ebenſogut von der Unrechtmäßigkeit des Abhütens überzeugt geweſen ſein und aus ganz anderen Gründen geſchwiegen haben.

§. 5.

c) Noch weniger dürfte die Anſicht von Pernitzſch a. a. O. S. 529 für ſich haben, daß man, vermöge der bei dem Verjährenden vermutheten bona fides, aus einer längern Reihe von Beſitzhandlungen den Schluß ziehen könne, daß dieſe animo domini ausgeübt worden ſeien; denn es läßt ſich durchaus nicht beſtreiten, daß Jemand Handlungen, die das Objekt einer Servitut bilden können, z. E. Abhüten, Fahren, Reiten, bona fide vornehmen kann, ohne daß es ihm einfällt, Beſitzhandlungen in dem hierher gehörigen Sinne des Wortes auszuüben. Der, welcher glaubt, er habe precario die Erlaubniß, dieſelben vorzunehmen, oder er ſei Pachter, handelt auch bona fide; gleichwohl iſt bei ihm der zur Erſitzung einer Servitut erforderliche animus possidendi nicht vorhanden. Dadurch iſt nun aber ſchon die Behauptung von Pernitzſch widerlegt; denn es läßt ſich nicht behaupten, daß der animus possidendi die nothwendige Vorausſetzung der bona fides ſei.

Wollte man aber einwenden, die bona fides bei der Erſitzung der Dienſtbarkeiten habe das Eigenthümliche, daß

ſie auf die Ausübung faktiſcher Handlungen, als Servitutenrecht, gerichtet ſei, ſo wäre dieſer Einwand gewiß unrichtig; denn es gehören auch Handlungen, die in der Abſicht, ein Recht erſt begründen zu wollen, unternommen werden, offenbar zu den Beſitzhandlungen, und dieſe können ebenſogut mala als bona fide unternommen ſein. Daher muß immer erſt der Beweis, daß bei einer Handlung der animus possidendi vorhanden geweſen ſei, geführt werden, und dann erſt tritt die Präſumtion der bona fides ein. Wollte man umgekehrt aus der Präſumtion der bona fides auf das Daſein des Uſukapionsbeſitzes ſchließen, ſo räumte man jener Präſumtion ein ſo weites Gebiet ein, daß durch ſie Thatſachen erwieſen würden, die nicht präſumirt werden ſollen. So würde z. B. dem, welcher die Huth auf einem fremden Grundſtücke pachtweiſe ausübt, wenn er Solches 10 Jahre hindurch gethan, bloß freiſtehen, zu behaupten, er habe ſie als Servitut ausgeübt; denn die Behütung wäre leicht zu beweiſen, und vermöge der Präſumtion der bona fides und der zahlreichen Behütungsakte würde der animus possidendi keines Beweiſes bedürfen.

Die Abſicht, eine Handlung als ein Recht auszuüben, iſt ganz unabhängig von der bona fides, denn jene Abſicht kann auch obwalten bei vorhandener mala fides. Sowie es eine bonae und malae fidei possessio gibt, ſo gibt es auch eine bonae und malae fidei quasipossessio. Erſt muß aber immer eine mit dem Bewußtſein und der Abſicht, ein Recht auszuüben, verbundene Handlung nachgewieſen ſein, ehe in Frage kömmt, ob Solches bona oder mala fide geſchehen? Die Präſumtion der erſtern bewirkt weiter Nichts, als daß die in der Abſicht, ein Recht auszuüben, unternommene Handlung nun ſo angeſehen wird, als ſei ſie auch in der Ueberzeugung, dazu berechtigt zu ſein, vorgenommen worden; die Annahme, daß mit einer Handlung die Abſicht, ein Recht ausüben zu wollen, verbunden geweſen, iſt daher etwas ganz Anderes als das Bewußtſein von der Rechtmäßigkeit des animus possidendi.

§. 6.

d) Mit dem Erforderniſſe des animus possidendi dürfte auch offenbar die Anſicht Unterholzner's a. a. O. §. 194 in Widerſpruch ſtehen, daß der Beſitzer eines Grundſtücks eine dingliche Dienſtbarkeit allemal erwerbe, wenn ſie auch ohne ſein Wiſſen von einem Dritten, zur Stellvertretung nicht Berechtigten, jedoch in der Meinung, ſie ſtehe dem Prädium zu (nomine praedii), ausgeübt wurde. Denn die Stellen, auf die ſich Unterholzner a. a. O. beruft, ſind bloß von einem retinere servitutem zu verſtehen und können gegen die ſich ſo beſtimmt ausdrückende c. 1. C. de poss. nicht Stand halten. Vergl. v. Savigny, Lehre vom Beſitz. §. 46. (6. Aufl.) S. 586. Sintenis a. a. O. §. 64. und Note 40. Nach dieſer Konſtitution beginnt nämlich in einem Falle jener Art der Quaſibeſitz des Eigenthümers, welcher die Servitut für ſich geltend machen will, erſt mit dem Augenblicke, wo er von Jenem Nachricht erhält, und dieſe ſeine scientia muß natürlich erwieſen werden, weil erſt mit ihrem Daſein der Uſukapionsbeſitz beginnt und die Verjährungsfriſt zu laufen anfängt. Es verſteht ſich von ſelbſt, daß auch die scientia auf künſtliche Weiſe dargethan werden kann. Allein daß man auch hierin zu nachſichtig verfährt, möge folgende, aus den Entſcheidungsgründen eines Urtheils entlehnte Stelle lehren, welches von der Nothwendigkeit des Nachweiſes der scientia ausging:

„Es iſt, wie noch nachzuweiſen ſteht, zuläſſig, den Anfang des fraglichen Uſukapionsbeſitzes nach den ſonſtigen Erforderniſſen in das Jahr 1798 zu ſetzen. Die Zeugniſſe aber für einen Beſitzſtand der Kammer überhaupt gehen noch in folgender Weiſe weiter zurück. Ein Schafknecht hat von 1792 bis 1800 nicht nur in jener Weiſe hüten laſſen, ſondern auch oft geſehen, daß es geſchehen ſei; er hat außerdem eine gleiche Uebung von ſeinem Vorgänger, der 13 Jahre im Dienſte geweſen iſt, vernommen. Ein Dritter bezeugt als Schafknecht für 1784 bis 1790 ein Hüten in noch unbeſchränkterer Weiſe. Da hiernach für die Jahre 1795 bis 1798 ein

doppelter Zeuge, für frühere Jahre ein ſolches Ineinandergreifen von testes singulares vorhanden iſt, wie es genügen muß, um einen bloßen Beſitzſtand unbeſtimmter Dauer darzuthun, ſo iſt überhaupt eine dem Jahre 1798 ſchon lange vorhergehende Ausübung des fraglichen Rechts anzunehmen. Wie hätte aber wohl eine ſolche langjährige Uebung in dem fraglichen Umfange der obern Verwaltungsbehörde, ohne eine nicht vorauszuſetzende ſtarke Nachläſſigkeit, unbekannt bleiben können, zumal da ſie in Umſtänden, wie die Verpachtung einer Domäne und Anſetzung eines neuen Schafmeiſters um 1792, einen nahen, beſtimmten Anlaß hatte, über die beſtehende Ausübung der dem Gute zuſtehenden Gutgerechtſame Erkundigungen einzuziehen."

Es darf nämlich nicht überſehen werden, daß man nicht nur über den Zeitpunkt des Eintritts der Wiſſenſchaft der Kammer, und ſonach über den Beginn des Uſukapionsbeſitzes gänzlich im Dunkeln bleibt, ſo daß man nicht wiſſen kann, ob die Verjährungsfriſt ſeitdem abgelaufen iſt, ſondern daß auch die Schlußfolgerung noch in anderer Hinſicht durchaus konkludent iſt. Wollte man nämlich ſtets aus dem Alter eines von Fremden ausgeübten Quaſibeſitzes und daraus, daß man annimmt, ein diligens paterfamilias müſſe wiſſen, wie es um die Gerechtſame ſeines Gutes ſtehe, auf deſſen scientia um die Ausübung einer Servitut ſchließen, ſo müßte man erſt wieder die diligentia des paterfamilias präſumiren. Darf man nun dieſe auch bei einer obern Verwaltungsbehörde vorausſetzen, ſo liegt doch am Tage, daß bei aller Diligenz einer ſolchen eine Servitut lange Zeit hindurch faktiſch ausgeübt worden ſein kann, ohne daß jene Etwas davon erfährt, und ohne daß ſie dieſerhalb Erkundigungen einzuziehen Veranlaſſung hatte, eben weil ſie davon Nichts wußte und ahnete. Auf großen Gütern, zumal auf Domänen, oder ſolchen, wo der Eigenthümer, der ſie verpachtet hat, meilenweit davon lebt und ſich nicht um die Einzelnheiten bekümmern kann, ſind gewiß ſehr viele Hutungsbefugniſſe, ohne die scientia domini, erſeſſen worden, wenn es mit dem Beweiſe derſelben

nicht genauer genommen worden iſt, als in dem gegebenen Beiſpiele.

In ein paar andern Erkenntniſſen wurden noch bedenklichere Grundſätze aufgeſtellt, indem der Präſcribirende von dem Beweiſe der scientia um die Ausübung des Rechtes um deswillen freigeſprochen wurde, weil bona fides vermuthet werde, und dieſe durch die Wiſſenſchaft des Principals um das Handeln bedingt ſei. Die offenbare Unrichtigkeit dieſer Anſicht ergibt ſich ſchon daraus, daß es der bona fides an jedem Objekte fehlt, wenn der Principal von den Handlungen Dritter gar keine Kenntniß hat. Wie kann man bei ihm annehmen, daß er bei einem für ihn ausgeübten Quaſibeſitze in bona fide ſei, wenn er von demſelben gar Nichts weiß? Gerade umgekehrt iſt das Verhältniß; nämlich das Wiſſen um das Handeln iſt die Bedingung für die bona fides bei der Erſitzung. Weiß Jemand nicht um die Handlung eines Dritten, ſo kann bei ihm weder nach bona fides, noch nach mala fides gefragt werden.

§. 7.

Nach dieſem Allen muß nun verlangt werden:

> der Präſcribirende müſſe behaupten und beweiſen, daß die Handlungen, welche er für Beſitzhandlungen ausgibt, und aus welchen er in dieſer ihrer Eigenſchaft das beanſpruchte Recht ableitet, auch wahre Beſitzhandlungen, d. h. ſolche geweſen ſeien, mit denen der animus possidendi (oder domini) verbunden war.

Daß nur Handlungen, die mit dem animus possidendi verbunden ſind, einen Uſukapionsbeſitz begründen können, das wird Niemand läugnen wollen. Nun kann aber nach der Natur der Sache eine Handlung mit einer rechtlichen Beziehung ebenſowohl als ohne ſolche ausgeübt werden; mit andern Worten: es gibt einen rein faktiſchen usus und einen ſolchen, der in der Abſicht, ein Recht zu üben, vorgenommen

wird. Liegen nun Handlungen vor, die der Präſcribirende für ſolche ausgibt, die in rechtlicher Beziehung vorgenommen worden ſeien, und kann er nur unter dieſer Vorausſetzung das von ihm in Anſpruch genommene Recht daraus ableiten, ſo fällt ihm auch offenbar die Beweislaſt zu, daß die Handlungen von jener Beſchaffenheit geweſen ſeien. Daher verlangt v. Seckendorf a. a. O. S. 92 gewiß mit Recht den Beweis jener Eigenſchaft der für Beſitzhandlungen ausgegebenen Handlungen; allein er geht zu weit, wenn er fordert, daß bei den Wegeſervituten die Abſicht, ein Recht auszuüben, laut erklärt worden ſein müſſe, wie Gensler in der Note 82 richtig bemerkt. Dagegen verfällt Letzterer ſelbſt in eine petitio principii, wenn er behauptet, „das poſitive factum possesionis ſpreche den Willen, beſitzen zu wollen, hinreichend von ſelbſt aus.“ Ganz richtig, aber die Frage iſt ja eben, ob ein factum geradezu für ein factum possessionis genommen werden darf. Auch Hoffmann in den Verſ. S. 7 iſt Gensler's Meinung, und ſagt: es genüge in dieſer Hinſicht zum Beweiſe des animus possidendi, daß die Servitut nec vi, nec clam, nec precario ausgeübt worden ſei, und es werde unter dieſer Vorausſetzung angenommen, daß wirklich jener Sinn mit der Ausübung verbunden geweſen ſei. Hoffmann hat freilich hierbei eine offenkundige Ausübung im Sinne; allein gleichwohl läßt ſich ihm nicht beipflichten; denn auch aus einer Offenkundigkeit der Vornahme einer Handlung läßt ſich noch nicht darauf ſchließen, daß ſie in der Abſicht, ein Recht zu üben, vorgenommen wird. Stellten die Geſetze auf: Wer eine Handlung, die den Stoff einer Servitut ausmachen kann, z. E. das Gehen, Reiten oder Fahren über eines Andern Grundſtück, nec vi, nec clam, nec precario vornimmt, von dem wird angenommen, daß er eine Beſitzhandlung habe vornehmen wollen und vorgenommen habe; ſo hätten Gensler und Hoffmann vollkommen Recht. Allein gerade das Gegentheil ſagen die Quellen, indem ſie ausſprechen, es reiche nicht hin, daß Einer über ein Grundſtück weder

vi, noch clam, noch precario gegangen ſei, ſondern er müſſe es auch in der Meinung, als ſtehe ihm ein Recht zu, gethan haben; l. 7. D. de itinere; ferner: „nur von dem werde angenommen, daß er von einer Dienſtbarkeit Gebrauch gemacht habe, welcher dieſen Gebrauch in der Meinung eines ihm zuſtehenden Rechtes geübt habe. l. 25. D. Quemadmod. servit. Faſt ebenſo drücken ſich andere Geſetze, z. E. l. 1. §. 6. de itin. aus. Dieſe Geſetze ſprechen keineswegs, wie Manche geglaubt haben, von der bona fides, ſondern von ganz etwas Anderem, nämlich davon, daß ein rein faktiſches uti (wie es am Ende der l. 1. §. 19. de itin. vorkömmt), ein ſolches nämlich, welches nicht in der Abſicht, ein Recht auszuüben, vorgenommen wird, ebenſowenig als ein ſolches uti, welches zwar mit dem Bewußtſein einer Berechtigung, die aber nicht als eine aus einer Servitut entſpringende erſcheint, vorgenommen wird, eine Erſitzung nicht begründe. Beide Momente, und das muß nochmals hervorgehoben werden, ſind alſo ſehr verſchieden; denn ehe man fragen kann, *ob Jemand eine Handlung in dem Glauben, ein Recht dazu zu haben, unternommen habe?* muß die Beantwortung der Frage vorhergehen, *ob er die Handlung überhaupt in der Abſicht, ein Recht, und insbeſondere ein Servitutenrecht für ſich auszuüben, unternommen habe?* Die l. 25. cit. hebt dieſes Recht deutlich hervor; denn wenn Jemand in der redlichſten Ueberzeugung über des Andern Grundſtück in der Meinung geht, er bediene ſich eines öffentlichen Weges, oder wenn er das einem Dritten zuſtehende Servitutenrecht für dieſen exercirt, ſo befindet *er* ſich nicht im Uſukapionsbeſitze, non utitur in dem techniſchen Sinne des Wortes, während doch ein ſolcher Usus Bedingung der Erſitzung iſt. Sowie es nun keinem Zweifel unterliegt, daß gar oft Handlungen, ohne daß ihnen eine Beziehung auf ein Recht beigelegt wird, unternommen werden, und daß ſolche nach ausdrücklicher Erklärung der Geſetze zur Begründung einer Erſitzung nicht qualificirt ſind, ebenſo ausgemacht iſt es, daß man bei Hand-

lungen, da nur das Aeußere derſelben in die Sinne fällt, nicht geradezu annehmen kann, ſie ſeien in der Abſicht, ein Recht auszuüben, vorgenommen worden. Dieſe ihre Eigenſchaft muß vielmehr der Präſcribirende um ſo gewiſſer beweiſen, als er gerade auf jene Qualität derſelben ſein Servitutenrecht gründet, und ſolches nur unter jener Vorausſetzung als exiſtent angenommen werden kann, ſonach aber, nach den bekannteſten Regeln von der Beweislaſt, dieſe ihm unfehlbar aufgebürdet werden muß. Selbſt Haſſe gibt zu, daß es oft zweifelhaft ſein könne, ob der Ausübende bei der Vornahme der Handlung, was doch natürlich nicht entbehrt werden könne, an das Recht gedacht habe, was er nun durch Erſitzung will erworben haben, und ich glaube in der That, daß heutiges Tages wohl Alle nur wahre Beſitzhandlungen, alſo Handlungen, bei welchen die Meinung, ein Recht auszuüben, obwaltete, zur Erſitzung der Servituten geeignet halten. Wenn jene nun aber ein Erforderniß der letztern ſind, ſo muß ſolches auch erwieſen, d. h. es muß vom Präſcribirenden auf deſſen Beweis artikulirt werden, und es muß ſich aus den Ergebniſſen der Beweisführung ſicher auf deſſen Daſein ſchließen laſſen. Man kann auch nicht einwenden, daß in der l. 10. pr. si servit. vind. und in c. 1. C. de servit. jener Beweis dem Präſcribirenden nicht auferlegt werde; denn dieſes iſt allerdings der Fall, indem er ſeinen Quaſibeſitz, den usus im techniſchen Sinne des Wortes, alſo einen cum animo domini verbundenen Beſitz des beanſpruchten Servitutenrechts (usum se possedisse) zu beweiſen hat.

Dieſer Beweis iſt auch, ganz abgeſehen davon, daß dabei Eidesdelation als zuläſſig erſcheint, nicht ſo ſchwierig, wie Gensler a. a. Ort glaubt; denn durch Schlußfolgerungen kann er ja allerdings geführt werden; nur ſoll man bei demſelben vorſichtig und ſorgfältig zu Werke gehen. Insbeſondere aber halte ich Aeußerungen des dominus über ſeine Meinung, ein Recht zu haben oder ausüben zu laſſen, ſehr wohl dazu geeignet, um deſſen animus possidendi zu bewei-

ſen; denn es ſind ja dieſelben Thatſachen, welche auf jenen animus ſchließen laſſen, wenn ſie vor oder mit der Ausübung der Handlungen ſtattfinden. Eine nachherige Erklärung des Handelnden: „er wolle beſitzen", geſtattet dagegen keinen Schluß auf das, was er bei der Vornahme derſelben gedacht hat, ſondern ſie erſcheint als eine Behauptung, welche einen ganz andern Charakter an ſich trägt. Ganz unrichtiger Weiſe verwirft Gensler gleichzeitige Erklärungen über die Abſicht des Handelnden als testimonia in propria causa; denn wenn jener erklärt, daß die Handlung in Folge eines Rechtes vorgenommen werde, oder daß er zu derſelben ein Recht habe, ſo legt er ja dadurch, daß er ſie vornimmt oder vornehmen läßt, an den Tag, daß er beſitzen wolle, daß er ſie Andern gegenüber als eine wahre Beſitzhandlung betrachte. Außerdem würde ſelbſt eine offene deßfallſige Erklärung gegen den dominus praed. servientis nicht einmal jene Wirkung hervorbringen; denn auch dieſer könnte ſich damit tröſten: es liege in jener ein testim. in propria causa, und es ſei immer noch möglich, daß der animus possidendi nicht vorhanden ſei.

§. 8.

5) Die Geſetze begnügen ſich aber nicht mit dem Daſein von Handlungen, welche das Gepräge von Beſitzhandlungen an ſich tragen, d. h. in der Abſicht, ein Recht auszuüben, vorgenommen worden ſind, ſondern ſie verlangen auch noch eine gewiſſe äußere, obſchon mehr negative Qualifikation derſelben, indem ſie dem Präſcribirenden den Beweis auflegen (ut ostendat), usum se nec vi, nec clam, nec precario possedisse; denn es leuchtet ein, daß Jemand auch bei gewaltſamen oder heimlichen Beſitzhandlungen die Abſicht, ein Recht auszuüben, haben kann. Scharf getrennt iſt Beides in der l. 1. §. 6. und l. 7. de itin.; aber auch in der l. 10. D. (8. 5.) wird dieſer Unterſchied ſorgfältig gewahrt, wie aus den Worten: usum se possedisse hervorgeht, die hier eine mit dem animus domini verbundene Ausübung bezeichnen. Alſo gewaltſame oder heimlich unternommene Be-

sitzhandlungen sind untauglich zur erwerbenden Servitutenverjährung, wenn bei ihnen auch immerhin die Absicht, ein Recht ausüben zu wollen, vorhanden ist. Es kömmt also zu dem Erforderniß des animus domini noch ein neues Requisit (das der äußern Qualifikation der Handlungen); aber in diesem geht nicht jenes auf, weil Jemand nec vi, nec clam, nec precario Handlungen vornehmen kann, ohne im Entferntesten den animus domini damit zu verbinden. Wir sehen also, es ist nirgends in den Gesetzen gesagt: Wer nec vi, nec clam gewisse Handlungen, die ebensogut Besitzhandlungen sein als nicht sein könnten, vornimmt, von dem soll angenommen werden, daß er den animus, ein Recht zu exerciren, gehabt habe, sondern jene verordnen vielmehr, daß er sowohl diesen animus, als die gesetzlich vorgeschriebene äußere Beschaffenheit der Handlungen beweisen solle.

Ueber die Frage nun: ob der Präscribirende das Absein dieser Mängel, oder ob der Eigenthümer das Dasein einer jener Fehler beweisen müsse, sind die Meinungen getheilt. v. Seckendorf, Bessel u. A. behaupten das Erstere, während die gemeine Meinung dahin geht, daß es hinreiche, wenn der Präscribirende solche Handlungen beweise, welche das Gepräge eines jener vitia nicht an sich tragen. Vergl. Unterholzner, v. Vangerow, Sintenis a. a. O. Von dieser Meinung weicht Hasse a. a. O. insoweit ab, als er den positiven Beweis des Prädikates der Oeffentlichkeit verlangt; allein seine Ansicht hat keinen Beifall gefunden und läßt sich schon um deßwillen nicht vertheidigen, weil den Gegensatz von clam nicht eine solche Oeffentlichkeit bildet, wie sie Hasse verlangt. Es kann Etwas gar nicht heimlich und dennoch auch nicht öffentlich vorgenommen werden, so daß es zur Kunde Anderer kommen müßte. Man denke nur an das Servitutenrecht, bei großem Wasser, welches oft auch des Nachts kömmt, die Schleußen der Untermühle zu ziehen. Wer wollte solche in der Nacht vorgenommene Handlungen für heimliche erklären? Es ist daher gewiß das Richtigste, wenn man annimmt, daß durch

das in den Geſetzen aufgeſtellte negative Erforderniß des Beweiſes nur ſolche Handlungen als beweisunfähig haben ausgeſchloſſen werden ſollen, welche ſich als gewaltthätige, heimliche oder bittweiſe vorgenommene darſtellen; denn will man mit Haſſe einmal den poſitiven Beweis der Oeffentlichkeit verlangen, ſo muß man auch den Beweis der Friedfertigkeit und den eines justus titulus verlangen, denn hauptſächlich nur durch dieſen letztern würde das Daſein eines precario erlangten Beſitzes ausgeſchloſſen werden. Der Unterſchied, welchen Gensler a. a. O. Note 22 zwiſchen ostendere und probare macht, ſcheint mir ein ganz willkürlicher zu ſein; dagegen ſpricht noch ein anderer Grund für die oben vertheidigte Anſicht. Die Geſetze verlangen nämlich gezeigtermaßen den Beweis, daß die Handlungen in der Abſicht, ein dem Handelnden zuſtehendes Recht auszuüben (suo jure uti) l. 25. (VIII. 6.), vorgenommen ſeien; dann aber, wenn dieſes Requiſit erwieſen iſt, läßt ſich daran, daß der Präſcribirende precario beſitze, gewiß nicht mehr denken, wenn man nicht präſumiren will, daß er causam possessionis eigenmächtig verändert habe. Dieſe Vermuthung iſt aber unſtatthaft; vielmehr muß man annehmen, daß, wenn einmal der animus domini nachgewieſen iſt, das Daſein eines precario geübten Beſitzes ſolange, bis das Gegentheil nachgewieſen iſt, ausgeſchloſſen bleiben müſſe.

§. 9.

6) Das letzte Erforderniß iſt Ausübung der Servitut, als ein Recht, die Verjährungszeit hindurch. Ueber die Dauer der letztern bemerke ich Nichts weiter[3]), wohl aber fragt ſich,

3) Die Meinung Zimmmern's a. a. O. hat keine Anhänger gefunden, und iſt widerlegt von v. Vangerow S. 699 ff. Es werden alſo 10 Jahre inter prae- und 20 Jahre inter absentes erfordert. Daß bei der Erſitzung der Servituten die Ausdrücke: longa consuetudo, longi temporis consuetudo u. ſ. w. (nicht praescriptio) gebraucht werden, erklärt ſich wohl am beſten daraus, daß jene Ausdrücke gleichbedeutend ſind mit Uebung, Ausübung eines Rechtes, die in einem zur Gewohnheit gewordenen Thun oder Unterlaſſen beſteht.

ob eine fortwährende Ausübung erforderlich iſt, und welchen Beweis man in dieſer Hinſicht zu verlangen habe? Hierüber ſind die Meinungen getheilt und die wenigſten drücken ſich beſtimmt genug aus. Ich halte aber dieſen Punkt gerade für den Hauptpunkt in der Lehre von der Erſitzung der ſogenannten jura discontinua. Die meiſten älteren und neueren Rechtslehrer, z. E. Glück im Commentare §. 629. I., verlangen Beſitz, d. h. Ausübung der Servitut und Ablauf der Verjährungszeit. Mühlenbruch, Pand. §. 289, fordert ununterbrochenen Beſitz, und Puchta, Pand. §. 188, ſagt: die Servitut iſt erworben, wenn ſie 10, resp. 20 Jahre nec vi etc. ausgeübt worden iſt. Schweppe im röm. Privatrecht §. 305 verlangt Ausübung der Servitut, und zwar bei den rusticae servit. mehr als einmalige, indem er bemerkt, daß das Nähere vom Ermeſſen des Richters abhänge, daß aber der Nachweis von drei Akten wohl allgemein als genügend angeſehen werden würde. Sintenis a. a. O. ſagt: der Quaſibeſitz müſſe die ganze Verjährungszeit hindurch fortgedauert haben, werde aber ſolange als fortdauernd angeſehen, als die Möglichkeit dazu ununterbrochen fortdauere und er nicht ungewöhnlich lange ungenützt bleibe. Ganz derſelben Anſicht iſt Göſchen §. 310. Wer ſoll nun aber das ungewöhnlich lange Unterbleiben der Ausübung, welches ſich als Unterbrechung des Beſitzes darſtellt, beweiſen? Konſequenterweiſe müßte man ſagen: der Gegner des Präſcribirenden, und dieſer Meinung iſt auch Hofmann in ſeinen und Fuhr's Verſ. S. 19 §. 10. Allein richtiger behauptet gewiß Unterholzner §. 216 a. E., daß zur Erſitzung eine fortdauernde Ausübung der Servitut erfordert werde und folglich auch bewieſen werden müſſe (II. S. 185 ff.). Haſſe a. a. O. S. 407 ff. fordert bei servit. discont. wiederholte Ausübung während der Verjährungszeit und, wie es ſcheint, nicht bei der Wegeſervitut allein, wenigſtens eine einmalige Ausübung in jedem Jahre. Ohne eine ſolche Wiederholung hält er eine Ununterbrochenheit des Quaſibeſitzes, d. h. daß der Verjährende immer die Ausübung des

Rechts in ſeiner Macht behalten habe, für nicht erkennbar. Dieſe Anſicht billigt Hofmann in den Verſ. S. 17, wo er bemerkt, bei den servitut. praed. rust. müßten die entſprechenden Handlungen zu gewiſſen Zeiten des Jahres vorgenommen werden; wie oft dieſes geſchehen müſſe, darüber ließen ſich keine beſondern Regeln aufſtellen; das arbitrium judicis müſſe hierüber entſcheiden; nur bei den Wegegerechtigkeiten finde die Beſtimmung Statt, daß wenigſtens 30 Tage im Jahre die entſprechenden Handlungen vorgenommen werden müßten (fr. 1. §. B. D. 43, 19.). Einert, in der Zeitſchrift für Rechtspflege ꝛc. Bd. II. Neue Folge. S. 4 ff., bekämpft auf eine ebenſo gründliche, als überzeugende Weiſe den alten Lehrſatz, daß einzelne Beſitzhandlungen zur Erſitzung ausreichten und der Beweis ſolcher die letztere begründen könne. Er verlangt für jura discont. das Beweisthema, daß in der Ausdehnung über 31 Jahre 6 Wochen 3 Tage (ſächſiſche Verjährungszeit für Servituten) und darüber das Recht in der angeſprochenen Maße immer und fortgeſetzt geübt worden ſei, und überläßt die nähere Beurtheilung des „immer und fortgeſetzt" in den einzelnen Fällen dem richterlichen Ermeſſen. Hierbei fordert er aber nicht, daß nun gerade in jedem Jahre das angeſprochene Recht ausgeübt worden ſein müſſe, ſondern er glaubt, daß ſogar einzelne Jahre, in denen jenes nicht geſchehen ſei, bei Berechnung der Verjähruugszeit nicht wegzulaſſen, ſondern mitzuzählen ſeien, weil ſelbſt unter Vorausſetzung der einzelnen Pauſen dennoch der Beſitz des Geiſtes — possessio animi, die fortgeſetzte voluntas possidendi als vorhanden, und der Quaſibeſitz ſonach als fortgeſetzt angenommen werden müſſe.

Dieſer zuletzt erwähnte Gedanke iſt, wenn auch in anderer Form, daſſelbe, was mehrere der oben citirten Rechtslehrer damit ausdrücken, es dürfte das angeſprochene Recht nicht ungewöhnlich lange ungenutzt bleiben, weil ſonſt eine Unterbrechung der Verjährung anzunehmen ſei, worüber wir weiter unten weiter ſprechen werden. Die Form aber, in

welche Einert jenen Satz eingekleidet hat, iſt aller Wahrſcheinlichkeit nach die Veranlaſſung zu einer andern neuen Anſicht geworden, die Pernitzſch in derſelben Zeitſchrift (Bd. 3. Neue Folge. S. 505 ff.) aufgeſtellt hat, und die dahin geht, daß beim Verjährungsbeweiſe vorerſt nur der Erwerb des Quaſibeſitzes nachgewieſen werden müſſe, und daß, wenn dieſes geſchehen, die Fortſetzung deſſelben ſolange zu vermuthen ſei, bis eine Unterbrechung bewieſen worden (S. 521). Der Verfaſſer ſtützt dieſen Satz darauf, daß der Beſitz eines Rechtes nicht ſchon durch die Nichtausübung an ſich, ſondern, analog dem körperlichen Beſitze, erſt animo oder corpore in contrarium acto verloren werde (vergl. Puchta, Pand. §. 138), und daß mithin die Unterlaſſung von Beſitzhandlungen den Verluſt des Beſitzes zwar zur Folge haben könne, aber nur nicht an ſich, ſondern nur dann, wenn, und darum, weil der Beſitzer dadurch die Abſicht, ſeinen Beſitz zu derelinquiren, ſtillſchweigend zu erkennen gab.

Den Erforderniſſen der Servitutenerſitzung muß der Natur der Sache nach auch der Beweis entſprechen, und die Erforderniſſe des letztern werden nun ebenſo verſchiedenartig geſtellt, als jene, indem die Einen verlangen, es müßten wenigſten zwei, wieder Andere, es müßten drei Beſitzhandlungen bei jur. discont. erwieſen werden, während eine dritte Partei den Nachweis von wenigſtens einer Handlung in jedem Jahre erfordert, eine vierte aber dem richterlichen Ermeſſen anheimſtellt, ob in Folge der erwieſenen, jedenfalls mehrfachen Handlungen eine Erſitzung anzunehmen ſei. Pernitzſch dagegen fordert weiter Nichts als eine Handlung, wodurch der Quaſibeſitz erwieſen wird, und läßt dann nach Ablauf der Verjährungszeit, ohne weitere Ausübung der Servitut, den Erwerb der letztern durch Erſitzung eintreten, während Hofmann in den Verſuchen den Erwerb einer Wegeſervitut nur dann ſtatuirt, wenn ſie die Verjährungszeit hindurch in jedem Jahre wenigſtens 30 Mal ausgeübt, resp. dieſes bewieſen iſt.

Ich werde nun zuerſt meine Meinung ſagen und dieſelbe zu begründen, ſodann aber die oben vorgetragenen An-

ſichten Anderer, inſoweit ſie nicht mit ihr harmoniren, zu widerlegen verſuchen.

Zum Erwerb einer Servitut durch Erſitzung iſt Quaſibeſitz erforderlich; darin ſtimmen Alle überein; aber ein Erforderniß iſt noch nicht gehörig hervorgehoben, obſchon es bis zum Ueberfluſſe in den Quellen angedeutet wird, nämlich:

> Vielfältige, die Verjährungszeit hindurch ſich erſtreckende Ausübung des als Servitut in Anſpruch genommenen Rechts, ſo daß dieſelbe ein Bild darbietet von einem diuturnus usus, einer longa quasi-possessio, longae possessionis praerogativa, longa consuetudo, longi temporis consuetudo. Dann, wenn ein ſolcher Zuſtand vorhanden, aber auch nur dann, wenn er vorhanden iſt, ſoll eine utilis confessoria actio begründet ſein.

Schon die Natur der Sache lehrt, daß es den Römern nicht kann in den Sinn gekommen ſein, den durch eine einzige Handlung zu bewerkſtelligenden Erwerb des Quaſibeſitzes identiſch zu nehmen mit longa consuetudo und diuturnus usus; auch deuten ja beide Ausdrücke deutlich genug auf häufig vorgenommene Handlungen, auf ſolche hin, die dem Handelnden gewiſſermaßen zur Gewohnheit geworden ſind. Wer wollte von Einem, der den Quaſibeſitz einer Wegeſervitut ergriffen, und dieſelbe in den folgenden 9—10 Jahren gar nicht, oder immerhin einige Mal ausgeübt hat, ſagen, es handle ſich von einer consuetudo, von einem langjährigen Gebrauche derſelben? Wer möchte behaupten, daß dieſes der Sinn der Worte: per annos forte tot usum se possedisse in der l. 10. pr. D. si servit. vind. (VIII, 5) ſei? Und zu welchem Unding würde die Servitutenerſitzung herabſinken, wenn man dieſer Meinung huldigte! Welches ſchlechte Kompliment würde man da dem Scharfſinne, ja dem geſunden Menſchenverſtande der römiſchen Juriſten machen! Verſtehe ich dieſelben recht, ſo fordern ſie außer dem animo et corpore erlangten Quaſibeſitze eine recht häufige Ausübung deſſelben, und zwar eine ſolche, daß aus derſelben eine longa

consuetudo, ein longaevus, ein diuturnus usus zu entnehmen iſt, was zu beurtheilen immer dem arbitrium judicis anheimfällt. Ja, es läßt ſich geſetzlich nachweiſen, daß die Römer die Erſitzung hauptſächlich auf den Grund einer langen, immer aber mit der Abſicht, zu beſitzen, verbundenen, thatſächlichen Ausübung, die mit usus bezeichnet wird, ſtützten. Ein bloßer usus, ohne die Abſicht, ein Recht auszuüben, iſt nicht geeignet, die Servitut zu erſitzen, aber auch nicht eine Quasipossessio, von der man nicht während der Verjährungszeit häufig Gebrauch gemacht hat; denn hier fehlt wieder der diuturnus usus. Meine obige Behauptung beſtätigen folgende Geſetze:

l. 3. §. 3. de itin. (43. 19.)

Si quis servitutem jure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est, servitute: interdicto etc. Aus dieſem Geſetze folgt gewiß, daß nicht auf den Quaſibeſitz allein, ſondern auf die langjährige Ausübung deſſelben das hauptſächliche Gewicht gelegt wird.

Ebenſo in

fr. 1. §. 23. (39. 3.)

Sane enim in servitutibus hoc idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute etc., habuisse longa consuetudine vel ex jure impositam servitutem videatur.

Endlich ſpricht die

l. 10. pr. D. si servit. vindic. (8. 5.)

für die von mir vertheidigte Anſicht. Sie lautet:

Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse.

Dieſes Geſetz iſt von Pernitzſch S. 342 gewiß unrichtig ausgelegt worden. Er ſagt nämlich zuerſt: diuturnus usus und longa quasipossessio könne Ulpian nicht gleich-

bedeutend genommen haben; vielmehr habe er andeuten wollen, daß der usus, als rein faktiſche Ausübung, ohne das Bewußtſein, ein Recht auszuüben, nicht zur Erſitzung hinreiche. Ulpian habe daher, wie es ſcheine, andeuten wollen: unter dem Beweiſe eines Quaſibeſitzes ſei etwas Anderes zu verſtehen, als unter dem Beweiſe einer rein faktiſchen Ausübung. An ſich läßt ſich gegen dieſe Sätze gewiß Nichts einwenden, und uti wird allerdings auch für rein faktiſche Ausübung gebraucht. Vergl. l. 1. §. 19. in fine (XLIII. 19). Allein wenn und wo in den Geſetzen von einem diuturnus usus, als Erwerbsquelle der Erſitzung, geſprochen wird, dann iſt usus alle Mal in dem techniſchen Sinne des Wortes, nämlich für einen in der Abſicht, ein Recht auszuüben, unternommenen usus zu nehmen, und nur in einem ſolchen Sinne iſt das Wort in der angeführten Geſetzesſtelle gebraucht. Das Alles wird bewieſen durch eine Aeußerung deſſelben Rechtsgelehrten (des Ulpian) in l. 1. §. 6. (43. 19), und ebenſo durch die l. 25. D. Quemadm. servit. ammitt. (VIII. 6.); denn aus beiden Stellen ergibt ſich, daß nach römiſchem Sprachgebrauche ein uti servitute nur bei dem gebraucht und von dem angenommen wurde, qui suo jure uti se credidit; von dem aber, der nicht mit dem Bewußtſein des Rechts handelte — von der rein faktiſchen Ausübung — non videri omnino usum, — non quasi precario usum, sed quasi nec usum. Weit richtiger dürfte es ſein, mit Sintenis a. a. O. Note 40 „usus“, „uti“ auf die Uebung eines ſchon vorhandenen Quaſibeſitzes, einer als beſtehend gedachten, resp. für beſtehend gehaltenen Servitut zu beziehen, während quasipossessio ſich vorzugsweiſe auf den erſten Erwerb, resp. Erwerber eines Quaſibeſitzes bezieht, durch longa aber nichtsdeſtoweniger die lange Ausübung deſſelben angedeutet wird. Wer möchte wohl eine quasipossessio, die erworben und dann innerhalb 10 Jahren nicht wieder ausgeübt worden iſt, eine longa nennen, und wer wollte verkennen, daß, wenn bei einer ſchon für beſtehend gehaltenen Servitut zu deren

Erſitzung ein diuturnus usus, eine longa consuetudo erfordert wird, dieſes noch mehr dann der Fall ſein müſſe, wenn Jemand erſt ſelbſt den Anfang mit dem Quaſibeſitz gemacht hat? Nach dieſen Allem ſcheint mir das „uti“ auf die Fortſetzung eines ſchon beſtehenden Quaſibeſitzes, longa quasipossessio aber auf die langjährige Uebung eines von dem Berechtigten erſt erworbenen Quaſibeſitzes zu gehen. Dem ſei indeſſen wie ihm wolle; denn wenn man ſelbſt mit Pernitzſch usus für die rein faktiſche Uebung, quasipossessio von dem juriſtiſchen, cum animo domini verbundenen Beſitze nimmt, ſo folgt, wie derſelbe meint, hieraus durchaus nicht, daß Ulpian einerſeits die rein faktiſche Benutzung als zur Erſitzung für unzureichend, und andererſeits die unausgeſetzte Fortdauer derſelben nicht für nothwendig habe erklären wollen, ſondern im Gegentheile ergibt ſich dann, daß Ulpian Beides, ſowohl die fortwährende faktiſche Uebung, als auch den unausgeſetzten animus domini für erforderlich erklärt habe. Für dieſe jedenfalls weniger gekünſtelte Auffaſſung des Sinnes ſpräche dann auch die copula „et“ und der Schluß der Stelle „usum se possedisse.“

Wenn nun hiernach die Anſichten, daß eine einzige oder mehrere Beſitzhandlungen zur Erſitzung der Servituten genügten, als unrichtig ſich darſtellen, und in der Praxis heutzutage ziemlich allgemein als aufgegeben zu betrachten ſind, ſo läßt ſich ebenſowenig der Meinung Haſſe's (S. 408) und Kori's in der ſächſ. Zeitſchrift a. a. O. S. 323 beipflichten, wenn dieſe, wie es ſcheint, zur Erſitzung der servit. discont. in jedem Jahre der Verjährungszeit eine einmalige Ausübung erfordern, resp. für hinreichend halten. Aus den Geſetzen läßt ſich dieſe Anſicht nicht nur nicht begründen, ſondern der Geiſt derſelben, ſowie die Natur der Sache ſpricht offenbar gegen ſie. Denn nach der Verſchiedenheit der einzelnen, als Servituten angeſprochenen Rechte, welche doch in jedem konkreten Falle einer individuellen Beurtheilung unterliegen müſſen, wird hier eine einmalige Ausübung in jedem

Jahre keineswegs zureichen, um einen diuturnus usus, einen einer longa consuetudo ähnlichen Zuſtand annehmen zu können, dort aber keineswegs immer erforderlich ſein. Nie und nirgends iſt es den römiſchen Juriſten eingefallen, eine Normalzahl von Ausübungsfällen mit der Beſtimmung aufzuſtellen, daß bei dem Vorhandenſein derſelben ein diuturnus usus, eine longa consuetudo angenommen werden ſolle, ſondern, wohl fühlend, daß ſich hierfür ein ſolches Rechnenexempel nicht wohl eigne, haben ſie dem richterlichen Ermeſſen nur anheimſtellen können, zu beurtheilen, wenn ein ſolcher Zuſtand vorliege, dem die Bedeutung eines usus diuturnus, einer longa consuetudo beigelegt werden könne. Gerade die l. 1. §. 2. D. de itin. 43. 19, auf welche Hofmann in den citirten Verſ. S. 17 die Behauptung ſtützt, daß bei den Wegegerechtigkeiten die entſprechenden Handlungen 30 Tage im Jahre vorgenommen worden ſein müßten, um eine Erſitzung derſelben herbeizuführen, dient weit eher zur Beſtätigung meiner Anſicht als zur Widerlegung derſelben, und rechtfertigt keineswegs den von Haſſe daraus gezogenen Schluß, daß von jenem Interdikte ſicher im Ganzen ein Schluß auf den Verjährungsbeſitz gelte; denn, um mit der Widerlegung dieſer Folgerung zu beginnen, ſo frage ich, wie Haſſe dazu kömmt, ſich bei dem zuletzt gedachten Beſitze mit einer einzigen Handlung für jedes Jahr zu begnügen? Kann man nicht mit demſelben Rechte 2, 3 oder 4, ja 30 Handlungen verlangen? — Aber ganz abgeſehen von dieſer Willkürlichkeit, ſo iſt zu erwägen, daß es eine Eigenthümlichkeit dieſes Interdiktes iſt, daß ein beſtimmtes Maß der Ausübung der Servitut vorgeſchrieben war, denn nirgends finden wir eine Spur davon, daß dieſes Maß auch auf den Erwerb der utilis confessoria actio nicht „auch", ſondern „durch" auch diuturnus usus übertragen worden ſei. Eine ſolche Uebertragung würde nicht nur den Beweis der Verjährung einer Wegeſervitut faſt durchaus unmöglich gemacht haben, ſondern ſie war auch um deßwillen überflüſſig, weil ſich in einem Zeitraume von zehn, resp. zwanzig

Jahren ein diuturnus usus, eine longa quasipossessio, auch ohne jenes Kriterium einer beſtimmten Zahl der Ausübungsfälle auf recht überzeugende Weiſe bemerklich machen kann. Der ungleich längere Zeitraum nämlich, in welchem der Weg dann benutzt worden iſt, wenn auch in manchem Jahre wenig oder nicht, gibt offenbar ein weit hervortretenderes Merkmal für einen usus diuturnus, für eine longa consuetudo ab, als eine mehrmalige Benutzung eines Weges innerhalb eines Jahres zur Verwilligung des Interdikts.

Unter dieſen Umſtänden erſcheint mir die von Einert vertheidigte Anſicht als die richtigere, nur möchte ich ſie kürzer dahin modificiren:

> es ſei eine animo domini vorgenommene, ſo häufige Ausübung der Servitut die Verjährungszeit hindurch erforderlich, daß dieſelbe auf überzeugende Weiſe das Bild eines diuturnus usus, einer longa consuetudo in dem Richter hervorrufe.

Beſtimmtere Vorſchriften laſſen ſich nicht geben, und darum finden wir ſie auch nicht in den Quellen. Es kann eine Handlung in 10 Jahren vierzig und mehr Male vorgenommen worden ſein, z. E. zwanzig Mal im erſten und zwanzig Mal im zweiten Jahre, die anderen acht Jahre aber gar nicht, und Niemand wird von einem diuturnus usus reden wollen. Es können Jahre ausgefallen ſein, und dennoch wird der Ausfall in der Ausübung jene Ueberzeugung nicht zu verdrängen vermögen; man wird gleichwohl einen diuturnus usus, eine longa quasipossessio annehmen müſſen.

Wenn nun aber Mehrere, z. E. Unterholzner §. 216, Göſchen §. 310 und Sintenis a. a. O. aus dem Grunde, weil die Unterbrechung die Verjährung aufhebt, bei den servit. praed. rust. verlangen, der Präſcribirende müſſe beweiſen, daß er innerhalb der Verjährungsfriſt die Dienſtbarkeit ſo oft ausgeübt habe, daß der zwiſchen den einzelnen Ausübungen liegende Zeitraum nicht als eine Unterbrechung des Beſitzes erſcheine, ſo kann

ich denſelben hierin nicht beipflichten, weil ſie damit dem Präſcribirenden den Beweis des Nichtvorhandenſeins eines Unterbrechungsgrundes aufbürden, und weil ſelbſt ungewöhnlich lange Pauſen, zumal wenn ſie der Gegner nicht als Unterbrechung anſpricht und dieſe ihre Eigenſchaft nicht beweiſt, nicht ohne Weiteres als eine Unterbrechung angeſehen werden können.

Freilich erfordere ich immer, daß der Richter nach dem Reſultate des Beweiſes die Ueberzeugung von einem diuturnus usus der Servitut habe; allein ich leugne, daß dieſe Ueberzeugung durch ungewöhnlich lange Zwiſchenräume unbedingt und allezeit erſchüttert werde, und daß der Präſcribirende ſeinen Beweis ſo zu führen habe, daß dergleichen Zwiſchenräume nicht bemerkbar werden. Denn ganz abgeſehen davon, daß ſich ſchwer beſtimmen laſſen möchte, wie lang ein Zwiſchenraum ſein müſſe, um ein ungewöhnlicher, die Verjährung unterbrechender genannt werden zu können, ſo würde man jedenfalls zu weit gehen, wenn man ſelbſt aus einer längern Pauſe in der Ausübung ſofort auf eine Unterbrechung der Verjährung ſchließen wollte. Ein unterbrochener, nicht immer fortgeſetzter, ſelbſt durch ungewöhnlich lange Zwiſchenräume getrennter usus kann immer noch die Eigenſchaften eines diuturnus usus, einer longa quasipossessio haben. Gern gebe ich zu, daß ungewöhnlich lange Zwiſchenräume die Folge haben können, daß der Richter gar nicht zu der Ueberzeugung gelangt, es ſei ein diuturnus usus anzunehmen; aber dann iſt der Beweis verfehlt, nicht weil eine Unterbrechung der Verjährung anzunehmen iſt, ſondern weil ein diuturnus usus gar nicht bewieſen iſt. Muß man aber zugeben, daß ein diuturnus usus ſelbſt bei einem langen Zwiſchenraume denkbar iſt, während in der kleinſten Pauſe eine Unterbrechung liegen kann, ſo gelangt man zu dem Reſultate, daß, wenn anders jene Ueberzeugung von dem diuturnus usus durch die langen Pauſen an ſich nicht erſchüttert wird, der Beweis der Erſitzung als erbracht angeſehen und nun in dem Gegenbeweiſe dargethan werden muß, daß

ſich ein Zwiſchenraum, ſei er lang oder kurz, als eine wahre Unterbrechung darſtelle. Dieſe Anſicht entſpricht auch den Geſetzen vollkommen; denn verloren wird der Beſitz eines Rechtes nicht ſchon durch die Nichtausübung an ſich, ſondern analog dem körperlichen Beſitz animo oder corpore in contrarium acto, alſo nur durch eine ſolche Nichtausübung, welche ſich als ein nie zu vermuthendes Aufgeben des Beſitzes darſtellt. Ebenſowenig tritt corpore der Verluſt des Beſitzes durch das Aufhören des unmittelbaren Einwirkens ein; denn ſonſt wäre jeder Quaſibeſitz verloren, ſobald die Ausübung des betreffenden Rechtes aufhört. Das iſt aber nicht der Fall, ſondern es reicht zur Erhaltung des Beſitzes hin, wenn nur die Möglichkeit übrig bleibt, ihn willkürlich wieder auszuüben; insbeſondere aber ſpricht jedenfalls die ſpäter wieder aufgenommene Ausübung des Rechts dafür, daß die frühere Pauſe nicht mit dem animus, den Beſitz aufzugeben, verbunden geweſen ſei. Iſt daher z. E. eine Wegeſervitut im dritten, ſechſten und achten Jahre nicht ausgeübt worden, obwohl Gelegenheit dazu vorhanden war, wohl aber in den andern 7 Jahren in ſolcher Weiſe, daß man an einem langen Gebrauche derſelben nicht zweifeln kann, ſo muß man die Servitut ſolange als beſtehend, bezüglich erworben betrachten, bis vom Gegner nachgewieſen iſt, ein ſolcher Zwiſchenraum ſtelle ſich als Unterbrechung dar. Vermag er dieſes nicht, ſo wird die Verjährung nicht als unterbrochen betrachtet.

Das Reſultat dieſer Erörterungen iſt ſchon oben erwähnt; es beſteht darin, daß die Römer eine erwerbende Erſitzung der servit. pr. rusticor. nur dann annahmen:

> wenn eine ſo vielfältige und langjährige, mit dem animus domini verknüpfte Ausübung derſelben ſtattgefunden hat, daß an einem diuturnus usus, einer longi temporis consuetudo nicht zu zweifeln war.

In Fällen dieſer Art, wo in Folge der Häufigkeit der Ausübung und ihrer langjährigen Dauer dieſelbe gleichſam

den Charakter einer Gewohnheit und folglich eines Rechtes angenommen hatte, glaubten die Römer ein ſolches auch unbedenklich ſtatuiren zu dürfen. Is, qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet. l. 1. C. de servitut. Und hieraus wird dann auch erklärlich, warum ſie einen Titel weder zu fordern Urſache hatten, noch fordern konnten, und warum der bona fides in den Quellen keine Erwähnung geſchehen iſt, obwohl bewieſene mala fides die Erſitzung wahrſcheinlich vernichtete.

Ueber beide Punkte habe ich hier noch Einiges zu ſagen.

(Schluß im nächſten Heft.)

VII.

Zur Lehre vom Beſitzerwerbe der Kinder nach römiſchem Rechte.

Von

Herrn **Dr. Auguſt Denzinger,**
Privatdocenten in Würzburg.

Die neue Bearbeitung einer Lehre, deren Literatur ſchon ſeit mehreren Decennien ſo ausgezeichnete Namen aufzuweiſen hat, wie die vom Beſitzerwerbe der Kinder, iſt ein Unternehmen, welches von mancher Seite ungünſtige Vorurtheile zu befürchten hat.

Indeſſen gibt es hier Gründe, welche einen ſolchen Verſuch entſchuldigen werden.

Ein Mal möchte ein Punkt, welcher nicht nur an ſich, ſondern auch für die ganze Lehre höchſt wichtig iſt, obwohl er bis jetzt, meines Wiſſens, noch nicht Gegenſtand des Streites war, gerade am erſten manche erhebliche Anſtände erregen, nämlich die Anſicht, daß das römiſche Recht der klaſſi-